

关于统一我国外商投资企业 立法的思考

蔡庆辉

[内容提要]我国引进外资发展经济工作取得了巨大成就。相关的外资法律、法规陆续出台,逐渐形成了我国的外资法体系。但是,随着利用外资的深入发展,现有外资法体系的弊端逐渐暴露,笔者认为,应重新审视和构建我国的外资法,以提高我国利用外资的水平 and 质量。

[关键词]外资 外资法 立法模式 外资法典

自1997年颁布《中外合资经营企业法》以来,我国在外资立法方面取得了巨大的成绩,在引进外资活动中发挥了积极的作用。但是,随着社会主义市场经济体制的逐步建立和国内外经济形势的发展,以及国际投资规范的最新变化,中国的外资立法又面临着严峻的挑战。

一、我国外资法体系的特点及存在的主要问题

外商投资企业法(简称外资法),是东道国关于如何利用和管理外国私人直接投资而制定的法律规范的总和。我国外资立法不是采取统一立法的形式,而是由各种专项立法及相关的单行法律、法规相互联系而形成的一个法律体系。从法律规范的结构来看,可分为三个层次:第一层次,宪法性规范。宪法确定我国开展国际经济交往和合作,以及利用外资的基本方针和原则,是我国外资法体系的最高层次,也是我国外资立法的最高法律依据。第二层次,国家专项、单行立法。这是中央一级制定的暂行规定或条例、决定、命令等等,其内容涉及“三资企业”的项目谈判、审批程序、贷款、土地使用、外汇管理、税收、财务、劳动管理等各方面的法律规定。第三层次,地方立法,这是由省级地方政府制定的外资法规^①。应该说,采取这种外资立法体系符合我国当时的实际情况。我国在改革开放之初,由于缺乏利用外资的经验,在外资立法的工作上是“摸着石头过河”。因此,外资立法只能采取“成熟一个制定一个”的方式。但是,法制建设是投资环境的核心因素,它完整与否,将直接影响外商的投资。随着改革开放的不断深入发展,我国的现行外资法已暴露出诸多问题,主要表现在:

1. 多层次立法,立法权限不够明确。由于构成外资法体系的各个单项法律、法规和条例是由不同立法

机关制定的,造成有关规定相互冲突。如《中外合资经营企业法》第6条规定,合营企业的董事长和副董事长由合营各方协商确定,或由董事会选举产生,而其《实施细则》第34条却规定:“董事长由中国合营者委派,副董事长由外国合营者委派”。

2. 按企业形式分别立法。我国外资法由于特定的历史背景,从一开始就按企业形式分别立法,如先后制定了《中外合资经营企业法》、《外资企业法》和《中外合作经营企业法》等。这种立法模式在改革开放之初曾具有针对性强、便于实施的优点,但却造成了外资立法重复、矛盾的现象。如设立“三资企业”审批的条件,就是一个非常典型的例子,该条件分别规定在《合资企业法实施细则》第5条、《合作企业法实施细则》第9条和《外资企业法实施细则》第6条。有人对三部法律的条文进行分析统计,发现相似条文竟达一半以上。另外,这三部法律之间又缺乏协调,规定很不一致。如关于审批期限的规定:合资企业法规定审批时间为三个月,外资企业法规定审批期限为90天,合作企业法则规定审批期限为45天^②。而这一切都严重阻碍了法律的实施,破坏了法律的权威性。

3. 内资、外资分别立法,实行立法双轨制。这也是由我国改革开放之初的国情决定的,由于我国长期实行计划经济,不同企业享有不同的待遇,因此形成了国内立法和涉外立法的双轨制立法模式。这种双轨制立法模式在改革开放之初可以使外资立法较少受国内其他因素的影响和制约,能够较快地发展和完善,但它却造成了内外资企业之间的不公平。一方面给予外资企业过多的优惠措施,将抑制国内企业的发展,另一方面给予外资企业过多的限制和要求,又不符合国际惯例。因此,随着社会主义市场经济的建立,

随着国际投资规范对实行“国民待遇”原则的要求,逐步取消这种双轨制立法模式已是历史的必然。

4. 外资法难以协调与《公司法》等企业组织法的关系。《公司法》是我国调整公司企业的基本法。从法理上讲,外商投资企业也应适用《公司法》的有关规定。但实际上二者之间缺乏有机的协调。比如,关于注册资本、资本的增减、组织机构的设置等问题的规定,二者的规定就很不一致。另一方面,按照大多数国家习惯上的做法,外资法主要是规定利用外资的基本原则,外国投资者的待遇、外国投资的定义与评价、外资的审批制度等;对于外国投资企业的形式、组织机构的设置、关于资本的要求等,则主要由《公司法》、《合作企业法》、《独资企业法》等法律来规定,在我国,这种分工却是十分不明确的。

二、世界各国外资立法的模式与我国的选择

综观世界各国的外资立法,其基本的立法模式归纳起来主要有三种:第一种类型是,国家制订一部统一的外资法典或投资法典,并辅之以其他相关法律,调整外资关系,如印度尼西亚、菲律宾、墨西哥、智利、阿根廷、刚果等国家。第二种类型是,没有统一的外资法,而是制订一个或几个关于外资的专门法律,构成关于外资的基本法群,并辅之以其他相关法律,调整外资关系,如埃塞俄比亚、新加坡、泰国、韩国、文莱、巴布亚新几内亚等国家。第三种类型是,不制订关于外国投资的基本法或专门法律,而是通过一般国内法律、法规来调整外国投资关系及其活动,如美国、意大利、荷兰、瑞士、英国、法国等国家。

世界各国在外资立法上采取不同的模式是受各国的本国国情、国家政治、经济政策、经济结构、经济和技术发展水平等因素的影响。一般说来,发达国家之所以通常采用上述第三种模式,是因为它有强大的国内经济实力为后盾,本国企业的国际竞争能力普遍较强,再加上相对完善的市场经济体制和国内法律制度作保证,因而对外国投资活动既不需要提供特别的保护和鼓励,也无需加以普遍的限制与约束,对它们来说,制订外资法典或专门的外资法律、法规都没有必要,只需要在国内相关的法律、法规中规定个别外资法规,就能够体现出国家的外资政策。而发展中国家由于经济落后,外资对国家的影响和作用是一正一反两个方面的,因而,外资法的任务是双重的,既要吸引外资,利用外资,促进本国经济的发展,又要适当限制外资的规模与方向,最大限度地避免和克服外资对本国民族经济可能带来的不利影响,保持主权国家的独立与自主。因而,大多数发展中国家的外资立法选择

的是前两种模式。

我国的立法模式基本上属于第二种模式。但随着改革开放的不断深入发展,笔者认为,应过渡到第一种模式,即制定一部统一的外资法典,并辅之以相关法律以调整外资关系。其理由如下:(1)我国是一个发展中国家,因此,我国外资法的任务也是双重的,既要利用外资,又要限制外资的规模与方向。(2)采用这一模式有助于统一和明确外资立法权限,改变原来外资法体系多层次立法、立法权限不够明确、重复立法的现象,使外资立法有个统一的思路。(3)我国经过十几年的探索和实践,积累了丰富的立法经验,外资法的立法内容也逐渐完备,现在制定统一外资法典是完全可能和现实的。

三、我国外资法典的基本内容探讨

(一)外资法典的基本内容设计。借鉴世界各国的先进立法经验,并结合我国的实际情况,笔者认为我国的外资法典的基本内容应包括以下几个方面:

1. 总则。总则部分的内容包括外资法的适用范围、宗旨、目标,外国资本的定义、出资方式、投资者的定义、外资投向(投资领域)、主管机关及其职权。应该明确外资法的调整对象是直接投资,所以,外国资本的定义应这样表述:“外国资本是指海外私人直接投资者在我国进行直接投资的资金或其他形式的资本。”出资方式包括现金、实物、工业产权及专有技术和其它财产权。根据我国国情,投资者的范围可作广义界定,即除了外国公司、企业、其他经济组织以及自然人外,还包括港、澳、台地区的投资者以及华侨。

2. 投资保护。这部分的内容包括外国投资的待遇、征用和国有化及其补偿、投资原本及利润的汇出等。还应对外资实行国民待遇,否则既不利于吸引外资,也不符合与国际通行作法衔接的需要。WTO 的《与贸易有关的投资措施协议》标志着国民待遇已走进国际投资领域,中国如要争取早日加入 WTO,就必须在外资法典中明确规定对外资实行国民待遇。

3. 投资鼓励。这部分的内容包括鼓励投资的领域和地区、具体的优惠措施及其适用。制定外资法典时,应注意将优惠政策与国家产业政策结合起来考虑,保证优惠措施能引导外资流向我国亟需利用外资进行发展的领域和地区。

4. 投资管理。这部分的内容包括投资审批、投资监管、雇佣限制、投资期限和投资比例等。世界上绝大多数国家都建立了外资审批制度,其目的在于确保输入的外国投资符合本国经济发展的目标,同时排斥不利于本国经济发展的外国投资,具体包括审批机构及

加大山西省利用外资力度对策

武东升

近年来,面对亚洲金融危机等复杂严峻的国内外经济环境,山西省的利用外资工作仍然取得了新的进展,外资已经成为推动全省经济增长的重要因素。然而,截至 1998 年底累计,全省实际利用外资总额还不到全国的 0.5%,与相邻的省区相比,差距很大。如不及早研究对策,引资的难度将越来越大。

一、当前存在的突出问题

1. 投资环境较差。这是制约利用外资工作的重要因素。山西省的区位优势、严重的环境污染和基础设施等方面的差距已使许多外商裹足不前,而投资软环境的差距更使利用外资工作雪上加霜。(1)一些地方和部门把引进外资的多寡与领导的政绩挂钩,这就激励一些行政首长全然不顾客观条件和可行性的科学论证,拍脑袋定项目,甚至“饥不择食”上项目,使项目半途而废或工期拖延,或在偿还外债方面发生困难。(2)借用国外贷款管理体制不顺,缺乏有效的统筹协调和综合平衡,未能使国外贷款的“借、用、还”和“责、权、利”实现有效的统一,长此以往,将会造成恶性循环,造成潜在的巨大隐患。(3)金融机构对国外贷款的转贷及担保机构制未能有效建立,对外工作与国内审批程序的脱节,严重影响了国外贷款项目的顺利实施。(4)对外商投资企业的监督管理工作弱化,中介服务机构服务质量较差,给山西投资环境造成不良影响。(5)涉外法制法规不健全,一些地方和部门不能依法行政,使外资企业的设立、生产和经营不能有效按国际惯例和市场经济规则运行。(6)涉外经济人员素质不高,懂外语、懂法律、懂经济、懂技术、懂管理的复合型人才严重缺乏,优秀人才脱颖而出的机制未能形成,不能为利用外资工作提供高质量的服务。

2. 配套资金的严重短缺。无论是借用国外贷款还是吸收外商直接投资,一般都要要求一定比例的国内配套资金,而山西整体上配套财力十分有限,加之一些单位和部门重外资的引入、轻配套资金的落实,严重制约了利用外资的规模和质量。

3. 一些外商投资企业的利益分配格局对中方不利,中方利益严重流失。一些地方对外商投资非法承诺投资回报率或变相提供担保;一些合资外方在设备报价、原材料、中间部件进口作价和产品出口作价上采用高进低出手段,或变相销售其设备,或采用转移价格和转移利润的手段逃税获利,或使其股权增加,使中方利益严重受损。一些合资外方在获得中方提供的市场、税收优惠等条件后,不按其承诺转

其权限、审批程序等内容。

5. 争议解决。投资争议是指外国投资者与中国合营者在解释或履行企业协议、合同、章程时发生的争议。解决争议的方法共有四种,即协商、调解、仲裁和司法诉讼,解决争议的机构包括仲裁机构和法院。此外,根据国际惯例,应明确规定解决争议的准据法应是我国的法律。如果我国缔结或参加的国际条约另有规定的,适用该条约,但我国声明保留的除外。如果我国法律和我国缔结或参加的国际条约都没有规定的,则可以适用国际惯例。

(二)有关企业组织形式和商品交易等具有民商法性质的法律,不应纳入外资法典。多数发达国家及一些发展中国家,外资政策与外资立法均着眼于资本,围绕着资本及其性质的审查、外资进入的鼓励与限制、外资利用的调查与研究等,来制定政策和法律。因此,笔者认为,应借鉴以资本为本位的先进立法经验,着眼于对外资的利用,外商投资企业的组织形式则应当由《公司法》、《合作企业法》等法律进行调

整。故应将外商投资企业企业组织形式的规定和具有民商性质的法律排除在外资法典之外。

(三)一些属于国家干预和管理经济的经济法也应排除在外资法典之外。我国现有的外商投资法体系中,有一类是国家对外商投资企业进行管理的有关法律,如企业所得税法、外汇管理法、海关法、劳动法、对外贸易法等,这些法律在性质上与外资法属同一等次。为了解决重复立法问题,我国在立法技术及立法内容上都做了大量工作,并取得了显著成果。故而,笔者认为应将这部分的法律规定排除在外资法典之外。

注:①参见姚梅镇主编:《外商投资企业法教程》,法律出版社 1997 年版,第 23 页至第 31 页。

②分别见《中外合资经营企业法》第 3 条、《外资企业法》第 6 条和《中外合作经营企业法》第 5 条。

作者单位 厦门大学

责任编辑 王 宾 校对 小 奇